

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer III



III 2016 191

Entscheid vom 29. März 2017

Besetzung

lic.iur. Achilles Humbel, Präsident
Ruth Mikšovic-Waldis, Richterin
Monica Huber-Landolt, Richterin
MLaw Joëlle Sigrist, Gerichtsschreiberin

Parteien

A. _____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Oswald Rohner,
Mittlere Bahnhofstrasse 5, Postfach 304, 8853 Lachen,

gegen

1. **Gemeinderat Freienbach**, Unterdorfstrasse 9,
Postfach 140, 8808 Pfäffikon SZ,
vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Hans Rudolf Ziegler,
Felsenstrasse 4, Postfach 3, 8808 Pfäffikon,
2. **Amt für Raumentwicklung ARE**, Bahnhofstrasse 14,
Postfach 1186, 6431 Schwyz,
3. **Regierungsrat des Kantons Schwyz**, Bahnhofstrasse 9,
Postfach 1260, 6431 Schwyz,
Vorinstanzen,
4. **B.** _____, bestehend aus L. _____
und M. _____,
Beschwerdegegner,
vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Thomas Häne,
Zürcherstrasse 49, Postfach 644, 8853 Lachen SZ,

Gegenstand

Planungs- und Baurecht (Ausnutzungsziffer/Auflage)

Sachverhalt:

A. Die B. _____ bzw. die Einfachen Gesellschafter L./M. sind Eigentümer (zu Gesamteigentum) des Grundstücks KTN C. _____, O. _____, S. _____, Gemeinde Freienbach, im Halte von 578 m². Es ist (nur) durch die O. _____ (KTN D. _____, im Eigentum der Gemeinde) vom östlich gelegenen Grundstück KTN E. _____ getrennt, das sich im Alleineigentum von A. _____ befindet.

Im Amtsblatt Q. _____ wurde das Baugesuch der B. _____ betreffend Abbruch und Neubau Einfamilienhaus mit Garage und Aussenpool auf dem Grundstück KTN C. _____ publiziert und öffentlich aufgelegt. Hiergegen erhob neben anderen innert Frist auch A. _____ Einsprache.

Am 12. Januar 2012 reichte die B. _____ beim Gemeinderat Freienbach ein neues Baugesuch mit einem überarbeiteten Projekt ein, welches im Amtsblatt R. _____ unter Verweis auf die erste Publikation mit dem Vermerk "2. Ausschreibung infolge Projektanpassung" publiziert und öffentlich aufgelegt wurde. Hiergegen erhob auch A. _____ wiederum Einsprache. Am 5. April 2012 überarbeitete die Baugesellschaft das Projekt ein weiteres Mal.

B. Mit Gesamtentscheid des kantonalen Amtes für Raumentwicklung (ARE) vom 24. September 2012 und gestützt hierauf mit Beschluss (GRB) Nr. 483 vom 25. Oktober 2012 des Gemeinderates Freienbach wurde der B. _____ die Baubewilligung unter Abweisung der Einsprachen erteilt.

Mit Beschluss (RRB) Nr. 1083/2013 vom 19. November 2013 hiess der Regierungsrat die von A. _____ sowie einem Dritten gegen die Baubewilligung erteilte Beschwerde gut und hob die Baubewilligung infolge Überschreitung der Ausnützungsziffer (AZ) auf. Entgegen den Vorinstanzen rechnete der Regierungsrat zwei Ankleideräume an die Bruttogeschossfläche (BGF) an. Die von der Baugesellschaft gegen diesen RRB erhobene Beschwerde wurde vom Verwaltungsgericht mit VGE III 2013 218 vom 24. September 2014 abgewiesen. Dieser Entscheid ist in Rechtskraft erwachsen.

C. Am 15. Dezember 2014 reichte die B. _____ beim Gemeinderat Freienbach wiederum ein Baugesuch für den Abbruch und den Neubau eines Einfamilienhauses mit Aussenpool und Garage auf KTN C. _____ ein, welches im Amtsblatt Nr. F. _____ publiziert und öffentlich aufgelegt wurde. Hiergegen erhob neben anderen auch A. _____ wiederum Einsprache. Zum in der Folge auf Empfehlung der kommunalen Hochbaukommission überarbeiteten Projekt samt revidierten Plänen nahm am 13. Juli

2015 auch A._____ Stellung. Ebenso äusserte er sich am 22. September 2015 zu weiteren von der Bauherrschaft eingereichten Unterlagen.

Gestützt auf den Gesamtentscheid des ARE vom 5. August 2015 wies der Gemeinderat Freienbach mit GRB Nr. 363 vom 5. November 2015 die Einsprachen ab und erteilte die Bewilligung für den Abbruch und den Neubau des Einfamilienhauses mit Aussenpool und Garage unter Auflagen, Bedingungen und Vorbehalten.

D. Gegen diese Baubewilligung vom 5. November 2015 erhob A._____ am 7. Dezember 2015 Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat des Kantons Schwyz mit dem Antrag auf Aufhebung bzw. Nichterteilung der Baubewilligung. Eventualiter beantragte er die Aufhebung des Gemeinderatsbeschlusses Nr. 363 vom 5. November 2015 und die Rückweisung der Sache an den Gemeinderat zur Sachverhaltsergänzung, Beweisergänzung und neuer Beurteilung.

E. Mit RRB Nr. 775/2016 vom 13. September 2016 hiess der Regierungsrat die Beschwerde teilweise gut und wies sie im Übrigen ab (Disp.-Ziff. 1). Die Verfahrenskosten (inklusive Kanzleikosten) von Fr. 1'500.-- wurden je zu einem Drittel A._____, der Gemeinde Freienbach sowie den Baugesellschaftern (unter solidarischer Haftbarkeit) auferlegt (Disp.-Ziff. 2). Parteientschädigungen wurden keine zugesprochen (Disp.-Ziff. 3).

Der teilweisen Gutheissung lag erneut eine Überschreitung der AZ zugrunde, da die Liftfläche (2.25 m²) nach der Beurteilung des Regierungsrates nicht nur im Erdgeschoss (EG), sondern auch im Obergeschoss (OG) bei der anrechenbaren BGF mitberücksichtigt werden müsse, weil mit dem Lift im OG anrechenbare Räume erschlossen würden. Die zulässige AZ sei daher um 1.75 m² überschritten. Die erforderliche Redimensionierung des Bauprojekts könne jedoch auflageweise angeordnet werden. Es sei der Bauherrschaft überlassen, welche ausnutzungsrelevanten Räume sie verkleinern bzw. ändern möchte. Der Nachweis der Reduktion sei der Bewilligungsbehörde zu erbringen und alsdann verbindlich festzuhalten (Erw. 3.7).

F. Gegen den RRB Nr. 775/2016 vom 13. September 2016 (Versand am 20.9.2016) lässt A._____ mit Eingabe vom 11. Oktober 2016 (Postaufgabe am gleichen Tag) fristgerecht Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz erheben mit den folgenden Anträgen:

- 1.a Der Beschluss des Regierungsrates des Kantons Schwyz Nr. 775/2016 vom 13.09.2016 sei aufzuheben.
- 1.b In Gutheissung der Einsprache des Beschwerdeführers vom 08.01.2015 seien der Beschluss des Gemeinderates der Gemeinde Freienbach

Nr. 363/7.15.4 vom 05.11.2015 sowie der Gesamtentscheid des Amtes für Raumplanung vom 05.08.2015 (Baugesuch-Nr. B2014-1661) aufzuheben und die Baubewilligung für das im Amtsblatt _____ publizierte Baugesuch der Beschwerdegegnerin, nämlich «Abbruch und Neubau Einfamilienhaus mit Aussenpool und Garage, O. _____ 18, S. _____, KTN C. _____, Koordinaten T. _____», zu verweigern.

2. Eventualiter sei der Beschluss des Regierungsrates des Kantons Schwyz Nr. 775/2016 vom 13.09.2016 aufzuheben, und die Sache sei zur Sachverhaltsergänzung, zur Beweisergänzung und zu neuer Entscheidung an den Regierungsrat zurückzuweisen.
3. Unter solidarischen Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanzen, und zwar für das erst-, zweit- wie das drittinstanzliche Verfahren.

G. Das ARE teilt mit Schreiben vom 13. Oktober 2016 seinen Verzicht auf eine umfangreiche Vernehmlassung und explizite Antragsstellung mit. Das Sicherheitsdepartement beantragt mit Vernehmlassung vom 25. Oktober 2016 die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge zulasten des Beschwerdeführers, soweit überhaupt darauf eingetreten werden könne. Der Gemeinderat Freienbach und ebenso die Beschwerdegegner beantragen am 2. November 2016 bzw. 19. Januar 2017 die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers.

H. Der Beschwerdeführer lässt am 30. Januar 2017 eine "Stellungnahme I" einreichen.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.1 Das Grundstück KTN C. _____ grenzt im Osten an die O. _____ (Groberschliessungsstrasse) und im Westen an den U. _____ (nicht dem Gemeingebrauch gewidmete Privatstrasse), von dem im Bereich des Grundstücks der V. _____ (im kommunalen Wegodel verzeichnet und daher öffentlich) in Richtung Nordwest abzweigt. Nördlich schliesst das Grundstück KTN G. _____ (1'538 m²) an die Bauparzelle an, welches sich im Miteigentum der beiden Beschwerdegegner befindet.

Das geplante Einfamilienhaus besteht aus Untergeschoss (UG), Erdgeschoss (EG), Obergeschoss (OG) und Dachgeschoss (DG [Attikageschoss]). Im UG befinden sich Keller, Weinkeller, Technikraum, Pooltechnik sowie der Lift(schacht) und Treppenhaus mit "Vorplatz", im EG befinden sich zwei Einzelgaragen und eine Doppelgarage, ein Vorraum, diverse Räume (Trocknen, Waschen, Geräte, Velos, WC/Dusche) sowie der Pool; im OG sind vier Zimmer, Elternzimmer, Bäder/Dusche/WC, Ankleideräume und ein Balkon vorgesehen; im DG befinden

sich Küche, Wohn- und Essraum sowie Dusche/WC. Das Gebäude weist im Wesentlichen - analog zum Grundstück KTN C._____ - einen dreieckigen Grundriss auf. Die Südwestfassade als längste Fassade misst 22.61 m, die Nordwestfassade rund 18 m; die ("geknickte") Ostfassade misst (projiziert von der Südspitze auf die Nordwestfassade) rund 20 m (vgl. Plan-Nr. 2014-06-102 "Baueingabe Grundrisse/Umgebung" im Massstab 1:100 vom 12.12.2014). Gegenüber den früheren Plänen (vgl. Ingress lit. A), namentlich denjenigen, welche der Beurteilung durch RRB Nr. 1083/2013 vom 19. November 2013 zugrunde lagen, wurde der Grundriss der Baute nicht wesentlich verändert.

1.2 Mit RRB Nr. 1083/2013 vom 19. November 2013 hat der Regierungsrat zusammengefasst folgende Beurteilung vorgenommen:

- Der Grenzabstand gegenüber dem U._____ sei gewahrt (Erw. 2.3).
- Die Strassenabstände (V._____; O._____) würden eingehalten (Erw. 2.5 und 3.1 ff.).
- Die Doppelgarage halte den Abstand zum Fahrbahnrand der O._____ ein; die Verkehrssicherheit sei gewährleistet (Erw. 4).
- Das Dach- bzw. Attikageschoss erfülle die Voraussetzungen, um nicht als Vollgeschoss zu gelten. Ein vorgesehene Glasgeländer erzeuge keine fassadenähnliche Wirkung. Die Aufbauten für den Lift im Südwesten sowie für den Wohn-/Essbereich im Nordwesten ragten in einem zulässigen Ausmass in die 45°-Linie hinein (Erw. 5.1-5.3).
- Der Pergola komme keine fassadenähnliche Wirkung zu; sie müsse bei der Rückversetzung des Attikageschosses nicht berücksichtigt werden. Allerdings stelle sich die Frage, ob der Rollladen und die Stützpfeiler mit Ziff. 3.1 der Vollzugshilfen zum kommunalen Baureglement (BauR) vom 28. November 1993 (rev. 28.11.1999 und 26.11.2000) vereinbar seien, wonach keine weiteren Gebäudeteile wie Vordächer etc. in die 45°-Linie hineinragen dürften. Angesichts des Verfahrensausgangs könne diese Frage offen bleiben (Erw. 5.4).
- Die beiden Ankleideräume im OG müssten bei der Ermittlung der anrechenbaren AZ mitberücksichtigt werden (Erw. 6.1 ff.).

Das Verwaltungsgericht bestätigte mit VGE III 2013 218 vom 24. September 2014 diesen Entscheid betreffend die Überschreitung der AZ. Zu den weiteren vor dem Regierungsrat umstrittenen Fragen äusserte sich das Verwaltungsgericht nicht.

1.3 Der Regierungsrat hat im angefochtenen Entscheid erwogen, verschiedene Rügen des Beschwerdeführers seien bereits mit RRB Nr. 1083/2013 vom 19. November 2013 abschliessend behandelt worden. Es betreffe dies namentlich die Rügen bezüglich der Geschossigkeit, der Grenzabstände, der Strassenabstände gegenüber dem Stations- und V. _____ sowie der O. _____, der Vorplatztiefe und der Verkehrssicherheit der Garageneinfahrt. Dieser RRB sei vom Verwaltungsgericht mit VGE III 2013 218 vom 24. September 2014 bestätigt worden. Da sich das zu beurteilende Bauprojekt in diesen Punkten nicht (wesentlich) vom damals beurteilten Vorgängerprojekt abhebe, bestehe für den Regierungsrat kein Anlass, hierauf zurückzukommen (Erw. 1).

Das Verfahren sei korrekt abgelaufen. Es sei nicht zu beanstanden, wenn die Hochbaukommission die Bauherrschaft auf Mängel des Bauprojekts aufmerksam mache und weitere Unterlagen einfordere. Der Präsident der Hochbaukommission sei zwar Mitglied des Gemeinderates. Hieraus lasse sich jedoch noch keine unzulässige Vorbefassung ableiten, welche eine Ausstandspflicht nach sich ziehen würde. Angesichts der in § 76 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes (PBG; SRSZ 400.100) vom 14. Mai 1987 vorgesehenen Möglichkeit der Gemeindeversammlung, die Kompetenz des Gemeinderates zur Erteilung der Baubewilligung ganz oder teilweise auf eine Baukommission zu übertragen, die vom Gemeinderat gewählt und von einem Mitglied des Gemeinderates präsiert werde, sei die vom Beschwerdeführer (sinngemäss) beanstandete Vorbefassung vom Gesetzgeber gewollt und systembedingt. Zu den nach der Auflage und Publikation des (überarbeiteten) Bauprojektes eingereichten Unterlagen und Plänen, die keine (Neu-)Auflage und Publikation erforderlich gemacht hätten, habe sich der Beschwerdeführer äussern können und auch geäussert. Das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers sei nicht verletzt worden. Eine allfällige Verletzung wäre indessen im Verfahren vor dem Regierungsrat, der über eine volle Kognition verfügt (§ 46 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [VRP; SRSZ 234.110] vom 6.6.1974), heilbar (Erw. 2.-2.6).

Bei der AZ sei die Anrechenbarkeit der beiden Ankleideräume nicht mehr umstritten (Erw. 3.2). Richtigerweise sei der Vorraum im EG - entgegen der Auffassung des Gemeinderates - zur anrechenbaren BGF gezählt worden (Erw. 3.4). Die Fläche des Liftschachtes im OG von 2.25 m² sei ebenfalls bei der AZ mitzuberücksichtigen, was dazu führe, dass die zulässige AZ überschritten werde (Erw. 3.5 f.; vgl. vorstehend Ingress lit. E). Das Attikageschoss sei allseitig um 45° von der darunter liegenden Fassade zurückversetzt, gelte nicht als Vollgeschoss und müsse daher bei der AZ nicht angerechnet werden (Erw. 3.7).

2.1.1 Zur Einreichung eines Rechtsmittels ist nach § 37 Abs. 1 VRP berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (lit. a), durch den angefochtenen Entscheid oder die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (lit. b) und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Entscheides oder der Verfügung hat (lit. c). Gefordert wird ein rein prozessuales Rechtsschutzinteresse. Dieses besteht im praktischen Nutzen, den die Einsprache bzw. Beschwerde den davon Gebrauch machenden Personen eintragen würde, oder, anders gesagt, in der Abwendung eines wirtschaftlichen, ideellen, materiellen oder anders gearteten Nachteils, den das Bauvorhaben bzw. die angefochtene Verfügung für jene zur Folge hätte.

Die kantonale Regelung entspricht wörtlich der bundesrechtlichen in Art. 89 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) vom 17. Juni 2005 und Art. 48 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) vom 20. Dezember 1968. Das kantonale Recht muss, soweit Art. 33 Abs. 3 lit. a RPG anwendbar ist, die Legitimation mindestens im gleichen Umfang wie für die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht gewährleisten (vgl. VGE 1006/98 vom 20.5.1998 Erw. 2a). Den Kantonen ist es demnach verwehrt, die Beschwerdelegitimation an strengere Voraussetzungen zu knüpfen; zulässig ist hingegen eine grosszügigere Gestaltung der Beschwerdebefugnis durch das kantonale Recht (Waldmann/Hänni, Handkommentar RPG, Art. 33 N 27).

2.1.2 Der Beschwerdeführer hat zweifelsohne am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen. Angesichts der Nachbarschaft seines Grundstücks zur Bauparzelle ist die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Beschwerdeführers bzw. seiner Liegenschaft durch das Bauvorhaben virulent und kann nicht ernsthaft in Abrede gestellt werden. Mit seinem Antrag auf Aufhebung der Baubewilligung ist er angesichts der nur teilweisen Gutheissung der Beschwerde bei gleichzeitiger Bestätigung der Bewilligungsfähigkeit unter der Auflage der Reduktion der AZ nicht durchgedrungen. Sein schutzwürdiges Interesse an der Beschwerde ist gegeben.

Das Bundesgerichtsurteil 1C_182/2016 vom 22. September 2016 (i.Sa. F. vs. BR Einsiedeln) ist nicht einschlägig. Dort ging es um eine Zonengrenzkorrektur im Bereich einer bestehenden (bisher ausserhalb der Bauzone verlaufenden) Strasse, womit nur dem Grundsatz der Trennung von Bau- und Nichtbaugesamt Nachachtung verschaffen wurde. Irgendwelche faktischen und/oder rechtlichen Konsequenzen auf die Anstösser waren hiermit nicht verbunden. Entsprechend hielt das Bundesgericht fest, dass es sich anders verhalten würde, wenn die Zo-

nengrenzkorrektur erst den Bau einer neuen Zufahrtsstrasse ermöglichen würde (Erw. 1.3).

2.2 Die Beschwerdegegner haben den RRB Nr. 775/2016 vom 13. September 2016 nicht angefochten, wie sie vernehmlassend (S. 5 Ziff. 5.2 unten) selber festhalten. Soweit sie die Berechnung der AZ durch den Regierungsrat rügen (namentlich Anrechnung der Fläche des Liftschachtes nur auf einem Geschoss; Miteinbezug der Fensternischen), sind ihre Vorbringen daher nicht zu hören.

3. Der Beschwerdeführer macht vor dem Verwaltungsgericht im Wesentlichen geltend, der Regierungsrat habe trotz Überschreitens der AZ "die Baubewilligung nicht aufgehoben, sondern - nicht einmal per Dispositiv - erwogen, dass dieser Verstoß gegen die Bauvorschriften mittels einer Auflage durch den Gemeinderat zu 'heilen' " sei (Beschwerde S. 4 lit. B.2). Die maximal zulässige BGF von 213.75 m² sei "de facto und de iure" um weit mehr als 1.75 m² überschritten. Zu Unrecht seien die Fläche des Liftschachtes im OG, die Installationsschächte bzw. Steigzonen im EG und im OG sowie der Vorraum im EG nicht zur BGF hinzuge-rechnet worden. Auch das Attika-Geschoss hätte zur AZ hinzugerechnet werden müssen, weil es nicht allseits um den Winkel von 45° zurückversetzt sei (Be-schwerde S. 5 Ziff. 5). Sei die AZ überschritten, könne das nicht mit einer Auflage geheilt werden. Hierfür fehle es an einer gesetzlichen Grundlage; das kantonal-schwyzerische Recht kenne das Rechtsinstitut der Auflage nicht (Beschwerde S. 5 f. Ziff. 6 f.; vgl. Stellungnahme I S. 2 Ziff. 2).

4.1 Art. 24 BauR regelt die AZ. Die bauliche Ausnützung eines Grundstückes wird durch die AZ bestimmt. Die AZ ist das Verhältnis der Summe aller an-rechenbaren BGF zur anrechenbaren Landfläche (Abs. 2 Sätze 1 und 2). Als anrechenbare BGF gilt die Summe aller ober- und unterirdischen Geschossflächen, einschliesslich der Mauer- und Wandquerschnitte (Abs. 2 Satz 3). Hievon werden alle dem Wohnen und dem Gewerbe nicht dienenden oder hiefür nicht verwendbaren Flächen wie unter anderem z.B. Keller-, Zivilschutz-, Estrich-, Abstell-, Trocken- und Bastelräume sowie Waschküchen, Einstellräume für Motorfahrzeuge, Velos und Kinderwagen, unbeheizte Windfänge nicht angerechnet (Abs. 2 Satz 4 erstes Lemma); nicht angerechnet werden auch Korridore, Treppen und Lifte, die ausschliesslich zu nicht anrechenbaren Räumen führen (fünftes Lemma).

Bei bestehenden Bauten, Neubauten und baulichen Erweiterungen wird das Dach- oder Attikageschoss bei der Ausnützungsziffer nicht mitberechnet, sofern das Dachgeschoss über dem obersten zulässigen Vollgeschoss liegt und die Dachaufbauten (Lukarnen, Gauben usw.) in ihrer Länge maximal 1/3 der

zugeordneten Fassadenlänge betragen (gemessen in 1.50 m Höhe ab Dachgeschossboden) (Art. 24 Abs. 1 erstes und drittes Lemma BauR). Im Weiteren hält Art. 32 BauR (betreffend die Berechnung der Geschosszahl) in Absatz 4 fest, dass Attikageschosse, die allseitig um den Winkel von 45° ab Traufe zurückversetzt sind, als Dachgeschosse gelten. Aufbauten bei Schräg- und Flachdächern bis zu einem Drittel der Fassadenlänge sind zulässig.

4.2.1 Die grundsätzlichen Einwände des Beschwerdeführers gegen die (rechtliche) Definition eines Attikageschosses und deren Anwendung auf den konkreten Fall (vgl. insbesondere Stellungnahme I S. 3 ff. Ziff. 6 ff.) sind unbehelflich. Dies gilt namentlich auch für sein Verständnis einer "Aufbaute" im Zusammenhang mit einem Attikageschoss, welche er auf Lift und Treppenhaus einengen will. Art. 24 Abs. 1 BauR nennt in nicht abschliessender Aufzählung als Beispiele von Dachaufbauten "Lukarnen, Gauben" und nimmt keine Beschränkung auf von Attikageschossen zu unterscheidende Dachgeschosse vor. Verdeutlicht wird dies auch durch die Vollzugshilfe Ziff. 3.2. Einerseits wird als Bezugsgrösse für die Limitierung der Ausdehnung von Aufbauten für Lift und Treppenhaus bei Attikageschossen auf maximal einen Drittel der Fassadenlänge das darunter liegende oberste Vollgeschoss bezeichnet. Für (andere) Aufbauten bei Attikageschossen andererseits wird als Vergleichsgrösse für die Zulässigkeit bis maximal der Fassadenlänge "diejenige des Attikageschosses und nicht diejenige des darunter liegenden obersten Vollgeschosses" bezeichnet.

Bereits im RRB Nr. 1083/2013 vom 19. November 2013 hat der Regierungsrat gestützt auf die dem damaligen Projekt zugrundeliegenden Pläne festgehalten (Erw. 5.3), dass die Aufbaute für den Lift im Südwesten mit einer Länge von 3.15 m weniger als ein Drittel des darunter liegenden OG von rund 22.6 m misst; die Aufbaute im Nordwesten für Wohnen/Essen betrage mit einer Länge von 3.8 m exakt ein Drittel der Fassadenlänge des Attikageschosses von 11.41 m.

Der dem vorliegend zu beurteilenden Bauprojekt zugrunde liegende Grundrissplan (Nr. 2014-06-102 vom 12.12.2014) weist für die Aufbaute für Wohnen/Essen sowie die Fassadenlänge des Attikageschosses die gleichen Dimensionen aus. Mit der Liftaufbaute, die nach wie vor mit 3.15 m in den 45°-Bereich hineinragt, wird das zulässige Drittel gegenüber der Fassade des darunter liegenden OG von über 20 m längstens eingehalten.

Inwiefern vorliegend ein Verstoss gegen übergeordnetes Recht (§ 60 Abs. 3 lit. c PBG) vorliegen sollte, ist nicht ersichtlich und wird auch vom Beschwerdeführer mit Bezug auf den konkreten Fall nicht näher ausgeführt (Stellungnahme I S. 4 oben). Jedenfalls lässt sich aus § 60 Abs. 3 lit. c PBG nicht entnehmen, dass ein Attikageschoss nur dann vorliegt, wenn es allseitig und - so offensichtlich die

Auffassung des Beschwerdeführers - ausnahmslos (bis auf die Ausnahme von Aufbauten für Lift und Treppenhaus) "um den 45° Winkel zurückversetzt ist" (Stellungnahme I S. 4 Ziff. 10), bzw. um das Mass seiner Höhe von der Fassade des darunter liegenden Geschosses zurückversetzt ist. Vielmehr ist die kommunale Regelung, wie der Gemeinderat in der Baubewilligung vom 5. November 2015 darlegt (S. 4 Ziff. 4.2), gegenüber der kantonalen Vorgabe "weiter eingeschränkt".

4.2.2 Die beim Vorprojekt vom Regierungsrat noch offene Frage betreffend die Pergola (vgl. vorstehend Erw. 1.2), ist beim vorliegenden, überarbeiteten Bauprojekt kein Thema mehr. Wie die Beschwerdegegner in ihrer Vernehmlassung vom 13. April 2015 im Einspracheverfahren (betreffend die Einsprache der Drittpartei R.C.) darlegten (S. 5 Ziff. 6), ragt der Rolladenkasten nicht (mehr) in die 45°-Linie hinein und weisen die betreffende Terrassenfläche bzw. der Rolladen und die drei Stützpfeiler keine fassadenähnliche Wirkung auf. Diese Ausführungen sind zutreffend. Der Gemeinderat hat die Qualifikation des Dachgeschosses als Attikageschoss im Wissen um die Pergola und die hierfür erforderliche Infrastruktur bejaht. Der Beschwerdeführer sieht diesbezüglich mit der Verwaltungsbeschwerde vom 7. Dezember 2015 wie mit seinen Eingaben im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu Recht von Einwänden ab. In der Verwaltungsbeschwerde findet die Pergola einzig aus Lokalisierungsgründen Erwähnung (S. 6 Ziff. 6 "Bauteil rechts der 'Pergola mit Rolladen' ").

4.2.3 Nicht verfangen kann auch die im Zusammenhang mit dem Attikageschoss vom Beschwerdeführer gerügte Verletzung der Begründungspflicht durch den Regierungsrat und somit Verletzung des rechtlichen Gehörs (Stellungnahme I S. 3 Ziff. 6), sofern auf diese Rüge, die - soweit ersichtlich - in der Beschwerde innert der Beschwerdefrist noch nicht vorgebracht wurde, überhaupt einzugehen ist. Der Regierungsrat hat festgehalten, das Attikageschoss sei allseitig um 45° von der darunter liegenden Fassade zurückversetzt, weshalb es nicht als Vollgeschoss gelte (Erw. 3.7). Des Weiteren verwies er in Erw. 1 unter anderem betreffend die "Geschossigkeit" auf seinen Beschluss Nr. 1083/2013 vom 19. November 2013. Seiner Begründungspflicht ist der Regierungsrat damit rechtsgenügend nachgekommen (zu den Anforderungen an eine rechtsgenügende Entscheidungsbegründung vgl. BGE 136 I 229 Erw. 5.2; BGE 136 I 184 Erw. 2.2.1; Bundesgerichtsurteil 1C_452/2012 vom 18.11.2013 i.Sa. A. et al. vs. VerwGer SZ Erw. 2.2; Bundesgerichtsurteile 9C_101/2011 vom 21.7.2011 Erw. 6.1; 9C_257/2011 vom 25.8.2011 Erw. 5.1). Der Beschwerdeführer war entsprechend ohne weiteres in der Lage, den Regierungsratsbeschluss auch mit Blick auf die Qualifikation des DG als Attikageschoss anzufechten.

4.3 Die Darstellung des Beschwerdeführers, die Flächen des Liftschachtes im OG sowie des Vorraumes im EG seien nicht zur BGF hinzugerechnet worden (Beschwerde S. 5 Ziff. 5), ist tatsachenwidrig (vorstehend Erw. 1.3; angefochtener Entscheid Erw. 3.6; Vernehmlassung des Sicherheitsdepartements S. 2 Ziff. 2; Vernehmlassung der Beschwerdegegner S. 4 Ziff. 5.1).

Zu Recht hat der Regierungsrat die Flächen für die Steigzonen und Installationsschächte im EG und OG nicht bei der anrechenbaren BGF berücksichtigt. Dem Beschwerdeführer ist zwar insofern beizupflichten (Stellungnahme I S. 3 Ziff. 5), dass Steigzonen und Installationsschächte im BauR keine konkrete Erwähnung finden. Wird indessen davon ausgegangen, dass es auf die Bezeichnung eines Raumes nicht ankommt, sondern dass vielmehr die objektive Eignung eines Raumes für die Nutzung als Wohn- oder Arbeitsraum entscheidend ist (VGE III 2007 173 vom 24.1.2008 Erw. 3.5.2 mit Hinweis auf Fritzsche/Bösch[/Wipf], Zürcher Planungs- und Baurecht, 4. Aufl., Zürich, 2006, Ziff. 11.1.3.4 und 5. Aufl., Zürich 2011, Ziff. 14.1.4.4.), lassen sich Steigzonen und Installationsschächte ohne Weiteres unter Art. 24 Abs. 2 erstes Lemma BauR subsumieren.

4.4 Aus seinen Hinweisen auf die roten Umrandungen auf den von ihm eingereichten Planunterlagen (Bf-act. 5 und 6) kann der Beschwerdeführer ebenfalls nichts zu seinen Gunsten herleiten. Es ist sachgerecht, wenn im EG, das grossmehrheitlich nicht anrechenbare Räume aufweist (und insofern mit einem Kellergeschoss vergleichbar ist), die auf die nichtanrechenbaren Räume/Bereiche (Grundrissplan EG vom 2.12.2014/rev. 25.8.2015 = Bf-act. 6) entfallenden Mauer- und Wandquerschnitte nicht angerechnet werden.

4.5 Weitere Einwände gegen die Ermittlung der anrechenbaren BGF sowie die numerischen Berechnungen als solche werden vom Beschwerdeführer nicht - jedenfalls nicht substantiiert - vorgetragen. Die vorinstanzliche Berechnung hält einer summarischen Prüfung stand. Die zulässige BGF wird um 1.75 m² überschritten.

5.1.1 Nach konstanter Praxis erwächst grundsätzlich nur das im Dispositiv eines Entscheides Festgehaltene in Rechtskraft. Erwägungen sind hingegen nur verbindlich und damit anfechtbar, wenn im Dispositiv ausdrücklich darauf verwiesen wird. Durch den Verweis im Dispositiv auf die Erwägungen wird dieser Konnex Teil des Dispositivs und hat Anteil an der Rechtskraft des Beschlusses (vgl. VGE III 2013 185 vom 18.12.2013 Erw. 1.4 mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 1P.348/2003 vom 4.11.2003 Erw. 2.2; Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar

zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl. § 28 N5 bzw. Alain Griffel (Hrsg.), Kommentar VRG-ZH, 3. Aufl. Zürich 2014, § 28 N7; siehe auch Bundesgerichtsurteil 2C_711/2013 vom 7.1.2014 Erw. 3 in fine, wonach der Grundsatz gilt, dass nur das Dispositiv, nicht aber die Begründung eines Entscheides anfechtbar ist, mit Verweis auf BGE 120 V 233 Erw. 1a S. 237).

5.1.2 Der Regierungsrat hat die Beschwerde "im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen und im Übrigen abgewiesen". Mit der letzten Erwägung (Erw. 4) unmittelbar vor dem Dispositiv hat er mit dem gleichen Wortlaut zusammenfassend erwogen, die Beschwerde sei "im Sinne der Erwägungen teilweise gutzuheissen" und festgehalten, "die anrechenbare BGF ist zu reduzieren". Die zu reduzierende Fläche von 1.75 m² hat der Regierungsrat ausführlich begründet. Er hat sie als geringfügig taxiert, weshalb sie auflagenweise angeordnet werden könne (Erw. 3.7). Gleichenorts hat er die Auflage konkretisiert, wenn er verlangt, dass der Nachweis der Reduktion der Bewilligungsbehörde zu erbringen und von dieser alsdann verbindlich festzuhalten sei. Die Entscheidung, bei welchem Raum/welchen Räumen die ausnützungsrelevante Redimensionierung vorzunehmen ist, überliess er richtigerweise der Bauherrschaft (Erw. 3.7).

5.1.3 Bei dieser Rechts- und Sachlage ist die (sinngemässe) Rüge des Beschwerdeführers, die Auflage sei zu Unrecht nicht ins Dispositiv aufgenommen worden (wie es indessen durchaus wünschens- bzw. empfehlenswert wäre), unbegründet.

5.2.1 Baugesuchsteller, deren Bauvorhaben den gesetzlichen Anforderungen genügen, haben grundsätzlich Anspruch auf Erteilung einer unbefristeten, unbedingten und unbelasteten Baubewilligung.

Nebenbestimmungen (d.h. Bedingungen, Auflagen, Befristung, Revers, vgl. Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Zürich 1991 Rz. 449-452; Baumann, in: Baumann et al., Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, § 59 N 42) bedürfen nicht zwingend einer im Gesetz ausdrücklich wiedergegebenen Grundlage; ihre Zulässigkeit kann sich unter Umständen auch unmittelbar aus dem Gesetzeszweck und dem damit zusammenhängenden öffentlichen Interesse ergeben (BGE 140 II 233 Erw. 3.1.3; Bundesgerichtsurteil 1C_554/2015 vom 2.5.2016 [i.S. G. vs. Gemeinderat Arth] Erw. 3.2).

Eine Bewilligung kann insbesondere mit einer Nebenbestimmung versehen werden, wenn sie aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen überhaupt verweigert werden könnte (vgl. BGE 121 II 89f. Erw. 3a). Nebenbestimmungen müssen mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit vereinbar sein. Sie müssen die Voraussetzungen der Eignung, der Erforderlichkeit und der

Verhältnismässigkeit zwischen Eingriffszweck und Eingriffswirkung erfüllen (vgl. Bundesgerichtsurteil 1C_750/2013 vom 28.4.2014 Erw. 3.1; PVG 1993, Nr. 37; VGE III 2008 6+7 vom 15.4.2008 Erw.3.3).

Eine Bedingung liegt vor, wenn die Rechtswirksamkeit einer Verfügung von einem künftigen ungewissen Ereignis abhängig gemacht wird. Bei der Suspensivbedingung tritt die Rechtswirksamkeit der Verfügung erst ein, wenn die Bedingung erfüllt ist. Die Rechtswirksamkeit der Baubewilligung wird von der Beseitigung der Rechtsverletzung abhängig gemacht (Stalder/Tschirky, in: FHB Öffentliches Baurecht, Rz. 2.47). Eine Suspensivbedingung stellt beispielsweise den geforderten Nachweis einer hinreichenden Erschliessung im Zeitpunkt des Baubeginns dar (EGV-SZ 2008 B 8.2 Erw. 3.3). Bei der Resolutivbedingung endet die Rechtswirksamkeit der Verfügung mit Eintritt der Bedingung.

Die Baubewilligung wird zwar erst mit der Erfüllung der Suspensivwirkung rechtswirksam, die Gültigkeitsdauer der Baubewilligung richtet sich jedoch nach dem Eintritt der formellen Rechtskraft der Baubewilligung, welcher seinerseits nicht vom Eintritt einer Suspensivbedingung abhängt. Eine Baubewilligung erlischt deshalb, sofern innert der Bewilligungsdauer eine Suspensivbedingung nicht eintritt und deshalb die Baubewilligung nicht rechtswirksam, d.h. nicht vollstreckbar wird (EGV-SZ 2008 B 8.2 Erw. 3.3; vgl. VVGE 1976 und 1977 Nr. 54).

Eine Auflage ist die mit einer Verfügung verbundene zusätzliche Verpflichtung zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen. Von der Bedingung unterscheidet sie sich dadurch, dass die Rechtswirksamkeit der Verfügung nicht davon abhängt, ob die Auflage erfüllt wird oder nicht. Die Verfügung ist auch gültig, wenn die Auflage nicht erfüllt wird. Die Auflage ist - ebenfalls im Gegensatz zur Bedingung - selbständig erzwingbar (EGV-SZ 2008 B 8.2 Erw. 3.3; VGE III 2013 103 vom 19.2.2014 Erw. 2.4.1; VGE III 2009 89 vom 27.10.2009 Erw. 4.1, je mit Hinweisen).

5.2.2 Dem Beschwerdeführer kann mithin vorab nicht gefolgt werden, wenn er die Auffassung vertritt, eine Auflage bedürfe einer expliziten gesetzlichen Grundlage, wie sie dem kantonal-schwyzerischen Recht fremd sei. Gerade bei Baubewilligungen ist es - im Sinne der dargelegten Rechtslage - bekanntermassen vielmehr die Regel als die Ausnahme, dass sie mit Nebenbestimmungen (Bedingungen und Auflagen) verbunden werden.

5.2.3 Zu Recht erachtet der Regierungsrat eine Überschreitung der zulässigen BGF um 1.75 m² (bei einer maximal zulässigen BGF von 213.75 m²) als geringfügig. In Kenntnis der verschiedenen früheren und insbesondere des vorliegenden

zu beurteilenden Projektes konnte und durfte der Regierungsrat davon ausgehen, dass diese Reduktion ohne konzeptionelle Umgestaltung des Bauprojekts realisierbar ist. Mit der Vernehmlassung reichen die Beschwerdegegner einen Plan des Grundrisses des EG ein, womit sie eine leicht realisierbare Änderung nachweisen und somit die Annahme des Regierungsrates als zutreffend bestätigen. Unter diesen Umständen wäre eine Aufhebung der Baubewilligung im konkreten Fall als unverhältnismässig zu qualifizieren. Mit der Auflage hingegen wurde die Verhältnismässigkeit gewahrt. Soweit sich der Beschwerdeführer auf VGE III 2015 189 vom 24. August 2016 (bestätigt durch das Bundesgerichtsurteil 1C_476/2016 vom 9.3.2017) bezieht, lassen sich die beiden Sachverhalte nicht vergleichen. Dies zeigt unter anderem, abgesehen von der komplexeren baulichen Situation in jenem Fall, allein schon der Vergleich der Überschreitung der Ausnützung um vorliegend 1.75 m² gegenüber den dortigen rund 19 m².

5.2.4 Anzuführen ist, dass es sich bei der vorliegenden "Auflage" im Kern um eine (Suspensiv-)Bedingung im vorstehend dargelegten Sinne handelt. Dies ergibt sich (auch) aus dem angefochtenen Entscheid (Erw. 3.7), wonach die anrechenbare BGF um 1.75 m² zu verkleinern ist, "damit das Bauprojekt bewilligungsfähig ist."

6.1 Die Beschwerde erweist sich im Sinne der vorstehenden Erwägungen als unbegründet und ist daher abzuweisen.

6.2 Die Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (Gerichtsgebühr, Kanzleikosten und Barauslagen) von insgesamt Fr. 2'500.-- sind dem Verfahrensausgang entsprechend dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 72 Abs. 2 VRP).

6.3 Ebenfalls dem Verfahrensausgang entsprechend hat der Beschwerdeführer den beanwalteten Beschwerdegegnern sowie der beanwalteten Gemeinde je eine Parteientschädigung auszurichten. Diese wird in Beachtung des kantonalen Gebührentarifs für Rechtsanwälte (GebT; SRSZ 280.411) vom 27. Januar 1975, der ordentlicherweise für das Honorar in Verfahren vor dem Verwaltungsgericht in § 14 einen Rahmen von Fr. 300.-- bis Fr. 8'400.-- vorsieht und in § 2 die Bemessungskriterien erwähnt, unter Ausübung des pflichtgemässen Ermessens auf insgesamt Fr. 1'500.-- (Beschwerdegegner) und Fr. 1'000.-- (Gemeinde) (inkl. Barauslagen und MwSt) festgelegt.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen abgewiesen.
2. Die Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (Gerichtsgebühr, Kanzleikosten und Barauslagen) von insgesamt Fr. 2'500.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Er hat am 19. Oktober 2016 einen Kostenvorschuss in gleicher Höhe bezahlt, so dass die Rechnung ausgeglichen ist.
3. Der Beschwerdeführer hat den beanwalteten Beschwerdegegnern für das verwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 1'500.-- und der beanwalteten Gemeinde von Fr. 1'000.-- (je inkl. Barauslagen und MwSt.) zu bezahlen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde* in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden (Art. 42 und 82ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG, SR 173.110).

Soweit die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht zulässig ist, kann in derselben Rechtschrift subsidiäre Verfassungsbeschwerde* erhoben und die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 113ff. BGG).

5. Zustellung an:
 - den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers (2/R)
 - den Rechtsvertreter der Beschwerdegegner (2/R)
 - den Rechtsvertreter des Gemeinderats Freienbach (2/R)
 - den Regierungsrat
 - das Sicherheitsdepartement, Rechts- und Beschwerdedienst
 - und das kantonale Amt für Raumentwicklung.

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

***Anforderungen an die Beschwerdeschrift**

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache (Deutsch, Französisch, Italienisch, Rumantsch Grischun) abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat; der angefochtene Entscheid ist beizulegen.

Versand: 4. April 2017